

100.2015.230

CHA/BEJ

Tribunal administratif du canton de Berne
Cour des affaires de langue française

Jugement du 19 octobre 2016

Droit administratif

B. Rolli, président
P. Keller et M. Moeckli, juges
A. de Chambrier, greffier

A. _____ SA

représentée par Me B. _____

recourante

contre

C. _____

représentée par Mes D. _____

intimée 1

et

E. _____ SA

et

F. _____

tous deux représentés par Me G. _____

intimés 2

ainsi que

Préfecture du Jura bernois

Rue de la Préfecture 2, 2608 Courtelary

relatif à une décision de la Préfecture du Jura bernois du 26 juin 2015
(arrêté communal – choix après appel d'offres)



En fait:

A.

Le corps électoral de la commune C._____ (ci-après: la commune ou l'intimée 1) a accepté, par votation du 24 novembre 2013, de transférer au Conseil municipal la compétence de vendre une portion de terrain communal de 3'082 m² extraits de la parcelle n° H._____ du cadastre de la commune, située en zone d'habitation H3, au prix du marché, mais avec un prix minimum de Fr. 340.- le m². Suite à ce vote, le Conseil municipal a lancé un appel d'offres et établi une documentation de vente comportant notamment une liste de critères de sélection, avec la précision que celle-ci n'était pas exhaustive. Treize intéressés se sont annoncés et onze de ces derniers sont venus présenter un avant-projet devant une délégation du Conseil municipal, qui a procédé à leur évaluation sur un total de 45 points et procédé à un classement. L'offre déposée par E._____ SA et F._____ est arrivée première avec 35 points et celle de A._____ SA (ci-après: l'intéressée ou la recourante) sixième (ex aequo) avec 27 points. Le 15 décembre 2014, le Conseil municipal a décidé de vendre la parcelle en cause à E._____ SA et F._____. Par courrier du 17 décembre 2014, le Conseil municipal a informé l'intéressée que son offre n'avait pas été retenue. Le choix de la commune a été publié dans la feuille officielle du district de [...] du 19 décembre 2014. Le 13 janvier 2015, l'intéressée a requis une décision formelle de la commune, indiquant les voies de recours. Cette demande n'ayant pas abouti, l'intéressée s'est adressée à la Préfecture du Jura bernois, par courrier du 22 janvier 2015, en indiquant "faire recours contre cette vente de terrain". Deux autres candidats, respectivement classés quatrième (ex aequo) et dixième, ont recouru auprès de la Préfecture du Jura bernois contre l'arrêté communal en cause. Le 4 mars 2015, E._____ SA et F._____ ont été appelés en cause dans la procédure de recours administratif. Par décision du 26 juin 2015, le préfet a déclaré irrecevable le recours interjeté par le candidat classé dixième et rejeté les recours interjetés par l'intéressée et le candidat classé quatrième.

B.

Par acte du 28 juillet 2015, l'intéressée, représentée par un avocat, a interjeté recours contre la décision de la préfecture du 26 juin 2015 auprès du Tribunal administratif du canton de Berne (TA), en concluant, sous suite des frais et dépens, à son annulation, ainsi qu'à l'annulation de l'arrêté de la commune du 15 décembre 2014 et au renvoi de la cause à la commune ou à l'autorité précédente pour nouvelle décision.

Dans son mémoire de réponse, la commune, par ses mandataires, a conclu au rejet du recours, dans la mesure où ce dernier était recevable. Les intimés 2, par leur avocat, ont retenu des conclusions identiques dans leur prise de position du 17 septembre 2015. Dans son préavis du 18 septembre 2015, le préfet a conclu au rejet du recours et renvoyé aux considérants de la décision attaquée. Dans leurs réplique, duplique, prise de position et préavis respectifs des 9, 19, 24 et 25 novembre 2015, les participants à la procédure ont maintenu leurs positions. Les 1^{er}, 8 et 10 décembre 2015, les avocats des participants à la procédure ont présenté leurs notes d'honoraires respectives.

En droit:

1.

1.1 Aux termes de l'art. 74 al. 1 et 2 let. d de la loi cantonale du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA, RSB 155.21), le TA connaît des recours contre les décisions et décisions sur recours fondées sur le droit public, ainsi que contre les "autres arrêtés" communaux au sens de l'art. 60 al. 1 let. b ch. 3 LPJA.

1.1.1 La présente procédure vise la décision sur recours du préfet de l'arrondissement administratif du Jura bernois du 26 juin 2015 qui rejette le recours interjeté par l'intéressée contre la "décision" de la commune du

15 décembre 2014, par laquelle celle-ci a choisi de vendre l'un de ses biens-fonds à un tiers acheteur.

1.1.2 Le litige en question n'étant pas soumis à la législation sur les marchés publics (voir c. 2 ci-dessous), l'"adjudication" du 15 décembre 2014 ne constitue pas une décision au sens de l'art. 49 al. 1 LPJA. En effet, en dehors du droit des marchés publics, le choix du cocontractant en vue de la conclusion d'un contrat de droit privé par une collectivité publique ne constitue en principe pas une décision, faute d'acte de puissance publique (JAB 2013 p. 521 c. 3.1).

1.1.3 Au sens des art. 74 al. 2 let. d et 60 al. 1 let. b ch. 3 LPJA, il faut notamment considérer comme "autre arrêté" la manifestation de volonté exprimée par une corporation de droit public à l'occasion de la conclusion d'un contrat, que celui-ci ressortisse au droit privé ou au droit public (JAB 2013 p. 521 c. 3.1, 1994 p. 73 c. 2b, tous deux avec références citées). Un recours n'est toutefois possible que si la manifestation de volonté en cause est pertinente sur le plan du droit public. Dans ce cadre, se pose en particulier la question de l'existence d'un lien avec l'accomplissement d'une tâche publique. A défaut de lien avec le droit public, seule la voie civile est ouverte. En l'occurrence, le terrain en question fait partie du patrimoine financier de la commune (voir c. 4.3 ci-dessous). Si l'acquisition, la gestion et l'aliénation d'un bien de ce patrimoine sont en principe régis par le droit privé, l'accomplissement d'une tâche publique n'est toutefois pas d'emblée exclue (arrêt du Tribunal fédéral [TF] 2C_314/2013 du 19 mars 2014 in ZBI 2015 p. 146 c. 1.1). En l'occurrence, on peut retenir que le choix en cause est pertinent sur le plan du droit public et s'inscrit dans le cadre de tâches publiques au vu des objectifs poursuivis par la vente (constructions de logements supplémentaires à prix raisonnable pour des familles de la classe moyenne et financement d'une école; voir procès-verbal du Conseil général du 18 septembre 2013 et message du Conseil municipal non daté; dossier [dos.] commune annexes 1, 2 et 5), ainsi que de la procédure de sélection choisie par la commune, avec un appel d'offres et des critères d'évaluation qui ne sont pas sans rappeler la procédure ouverte en matière de marchés publics (art. 12 al. 1 let. a de l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994

sur les marchés publics [AIMP, RSB 731.2-1]). La commune aurait au demeurant pu agir par le biais de la planification pour parvenir à ses fins, ce qui aurait sans nul doute constitué une tâche publique. L'acte du 15 décembre 2014 peut ainsi être considéré comme un "autre arrêté" au sens de l'art. 60 al. 1 let. b ch. 3 LPJA et la décision préfectorale ne saurait donc être critiquée s'agissant de l'entrée en matière sur le recours du 22 janvier 2015 (art. 63 al. 1 let. b LPJA). Aucune des exceptions prévues aux art. 75 ss LPJA n'étant donnée, le TA est compétent pour traiter du présent litige (art. 74 al. 2 let. d LPJA).

1.2 D'emblée, il convient de rappeler que c'est bien la société A._____ SA qui est partie recourante et non la succursale de cette dernière, le terme succursale ne permettant que de justifier l'adresse à [...], distincte de celle du siège social (ordonnance du 29 septembre 2015). La recourante dispose ainsi des capacités d'être partie et d'ester en justice (MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, *Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern*, 1997, art. 11 n° 1 à 3). Par ailleurs, si les conditions de la participation à la procédure devant l'autorité précédente et de l'atteinte particulière par la décision sont à l'évidence remplies (art. 79 al. 1 let. a et b LPJA), il n'en va pas de même de celle de l'intérêt digne de protection à l'annulation de la décision (art. 79 al. 1 let. c LPJA). En effet, selon la jurisprudence développée en matière de marché public, un intérêt digne de protection n'est reconnu au candidat écarté que si ce dernier dispose de chances réelles de se voir attribuer le marché en cas d'admission de son recours, le simple fait d'avoir participé à la procédure antérieure ne suffisant pas (ATF 141 II 14 c. 3 et 4). En l'espèce, l'intérêt pratique à recourir étant très semblable à celui qui est exigé en matière de marchés publics, il paraît justifié de faire application de principes semblables. En l'occurrence, la recourante a été classée en sixième position (ex aequo). Elle conclut dans son recours à l'annulation de la décision attaquée et à celle de l'arrêté du 15 décembre 2014 (sur la recevabilité de cette dernière conclusion, voir c. 1.3 ci-dessous), ainsi qu'au renvoi de la cause pour nouvelle décision. Elle fait valoir en substance que la commune n'a pas pris en compte l'ensemble des critères d'évaluation indiqués dans la documentation de vente et qu'elle a adapté un desdits critères après avoir déjà reçu une dizaine d'offres. Elle y voit une violation

crasse des règles de procédure, de l'interdiction de l'arbitraire et du principe de la bonne foi. En cela, elle critique la procédure d'évaluation, mais sans contester concrètement la notation des autres concurrents la devançant. De plus, la recourante précise que son recours représente une "Winkelried-Beschwerde" et que la vente ne pourra lui être attribuée lors de la présente procédure (recours ch. II/1). A l'instar des intimés 1 et 2 (mémoire de réponse ch. II/2, duplique ch. II/2 et prise de position du 17 septembre 2015 ch. II/3), on pourrait donc retenir qu'elle ne rend pas vraisemblable qu'en cas d'admission de son recours, elle obtiendrait la vente. Puisqu'elle ne conclut pas à l'annulation de la procédure dans son ensemble et à un nouvel appel d'offres, on ne peut pas non plus considérer qu'il s'agit de lui restituer une chance d'être choisie comme acheteur. Ce nonobstant, la recourante remet également en question l'évaluation de son offre par la commune, en la mettant en parallèle avec celle du premier classé (art. 7 du recours). Elle conteste la notation de trois critères (intégration dans le quartier, respect des vœux de la commune et sérieux, fiabilité, références et financement), remettant ainsi en cause l'attribution d'au maximum 15 points. Puisqu'elle se situe à huit points du premier classé, on ne peut pas exclure, dans l'hypothèse où son argumentation serait suivie, qu'elle obtienne la vente suite à une nouvelle appréciation de son offre. Autrement dit, l'écart de points avec le premier classé ne permet pas de lui nier une chance réelle d'être choisie et il faut donc lui reconnaître un intérêt digne de protection à recourir et, partant, la qualité pour recourir. En revanche, une telle conclusion est loin de s'imposer concernant la qualité pour recourir devant le préfet. En effet, dans son recours du 22 janvier 2015, la recourante se contentait d'indiquer faire recours contre la "vente de terrain qui a été faite. À un prix d'ami en comparaison avec les offres reçues, nettement plus élevées et avec des projets plus intéressants", en ajoutant que cette décision pénalisait les contribuables de la commune, avec un manque à gagner de plus de Fr. 600'000.- (dos. préfecture PMC 2-2015 p. 6). Un tel recours, qui ne remet aucunement en question le classement des candidats classés du deuxième au cinquième rang, ne permettait pas de reconnaître à la recourante une chance réelle d'obtenir l'"adjudication". Or, la simple demande d'annuler une adjudication (prétendument) illégale ne confère pas la qualité pour recourir à celui qui a certes participé à la procédure comme soumissionnaire, mais qui, compte

tenu de ses conclusions et arguments, ne pourrait tirer d'avantage pratique si son avis l'emportait (ATF 141 II 14 c. 4.8). Cela étant, vu l'issue du présent litige sur le fond, la question de la recevabilité du recours du 22 janvier 2015 interjeté devant le préfet peut être laissée ouverte.

1.3 Lorsque la recourante conclut à l'annulation de l'arrêté du 15 décembre 2014, elle méconnaît l'effet dévolutif du recours interjeté auprès de la préfecture, qui implique que la décision sur recours du 26 juin 2015 a remplacé l'arrêt précité (JAB 2010 p. 411 c. 1.4; ATF 136 II 101 c. 1.2; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, op. cit., art. 60 n. 7 et 8 et art. 72 n. 13). Une telle conclusion est, en soi, irrecevable.

1.4 Devant le TA, la recourante fait valoir de nouveaux griefs par rapport à ceux qu'elle avait soulevés devant le préfet (voir c. 1.2 ci-dessus). Les intimés 1 et 2 y voient une extension inadmissible de l'objet du litige (réponse ch. II/3, duplique ch. II/3 et prise de position du 17 septembre 2015 ch. II/4). En principe, dans une procédure de recours, l'objet du litige peut être réduit, mais pas étendu (ATF 131 II 200 c. 3.2 et références; MARKUS MÜLLER, *Bernische Verwaltungsrechtspflege*, 2011, p. 150). La détermination de l'objet du litige est toutefois sujette à controverse entre la première approche, qui s'intéresse uniquement au rapport juridique qui est véritablement contesté ("*objektmassige Streitgegenstandsbestimmung*"; approche en principe retenue par le TF: ATF 136 II 165 c. 5.2, 131 II 200 c. 3.3, 131 V 164 c. 2.1; TF 1C_330/2013 du 15 octobre 2013 c. 2.2, 2C_642/2007 du 3 mars 2008 c. 2.2, 2C_446/2007 du 22 janvier 2008, in StR 2008 p. 376 c. 2) et la seconde, qui prend en compte également les griefs invoqués ("*aspektmassige Streitgegenstandsbestimmung*"). Dans la première approche, l'objet de la contestation se détermine en fonction des conclusions du recours, qui se réfèrent à l'objet de la contestation – et ne peut le dépasser – ou à une partie de celui-ci. Dans ce cas, même si les conclusions doivent être interprétées à la lumière des motifs du recours, l'objet du litige se détermine en fonction de l'effet juridique requis et pas de la motivation développée à l'appui de cette requête, qui se compose en principe de différents aspects de fait et de droit (JAB 2011 p. 309 c. 2.1, TF 1C_330/2013 précité c. 2.2 et références). Dans la seconde approche, l'objet du litige n'est pas délimité uniquement par les conclusions, mais

également par les griefs invoqués, à savoir par les différents aspects juridiques remis en cause. L'application de cette deuxième méthode a surtout été discutée en droit bernois en raison de l'art. 40 al. 2 de la loi sur les constructions (LC, RSB 721.0; JAB 2016 p. 79). Son application dans les autres domaines, en l'absence d'une disposition semblable, reste ouverte, en particulier compte tenu des art. 20a, 25 et 33 al. 3 LPJA, voir encore récemment: VGE 100.2014/322 du 3 mai 2016 c. 1.3 et MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, op. cit. ad art. 25 n. 15; sur le tout, voir en outre MARKUS BERGER, *Sachverhaltsermittlung im ursprünglichen Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozess*, in JAB 2014 p. 550 c. 3.3; MICHEL DAUM, *Ist die rügebezogene Beurteilung der Legitimation zu Nachbarbeschwerden im Baurecht überholt?*, in JAB 2014 p. 83 c. 7.4; CHRISTOPH AUER, *Streitgegenstand und Rügeprinzip im Spannungsfeld der verwaltungsrechtlichen Prozessmaximen*, 1997, p. 39 ss). En l'occurrence, sous l'angle de la première approche ("*objektmässig*"), le recours de l'intéressée ne prêterait pas le flan à la critique. On peut en effet retenir qu'aussi bien devant le préfet que devant le TA, la recourante demande l'annulation de l'attribution de la vente aux intimés 2 et qu'elle ne procède donc pas à une extension de l'objet du litige entre les deux instances. En revanche, selon la seconde approche ("*aspektmässig*"), les nouveaux griefs soulevés devant le TA seraient susceptibles d'étendre l'objet du litige, ce qui pourrait conduire à l'irrecevabilité du recours dans la mesure où il se rapporte à ces derniers. Cela étant, il convient également de relever que certains des nouveaux griefs en cause (notamment concernant le critère "vœu du conseil communal") ont été traités par le préfet dans la décision attaquée, du fait que celui-ci se penche également sur les contestations d'un autre recourant (voir let. A ci-dessus). Dans ces circonstances, on pourrait se demander si les nouveaux griefs de la recourante qui s'appuient sur des éléments traités par l'autorité précédente ne devraient pas être admis, comme lorsque l'autorité examine des questions d'office (MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, op. cit., art. 72 n° 8). Dans la mesure où le recours doit de toutes les façons être rejeté, les questions qui précèdent concernant l'extension du litige peuvent également être laissées ouvertes.

1.5 Au surplus, interjeté dans les formes et les délais prescrits, par un mandataire dûment légitimé, le recours est, sous réserve de ce qui précède, recevable (art. 15 et 81 al. 1 en relation avec art. 32 LPJA).

1.6 Le pouvoir d'examen du TA est limité au contrôle du droit (y compris la constatation des faits), à l'exclusion des questions d'opportunité (art. 80 LPJA).

2.

Tout d'abord, il convient de relever que, dans le cas d'espèce, la commune n'intervient pas sur le marché libre en tant que "demandeur" ou "acquéreur" de biens ou de services, auprès d'une entreprise privée, pour exécuter ses tâches publiques, moyennant le paiement d'un prix, mais se trouve bien plutôt dans la position "d'offreur" ou de "vendeur", en l'occurrence d'un terrain faisant partie de son patrimoine financier (concernant la notion de marché public, voir l'art. 6 al. 1 AIMP; ATF 135 II 49 c. 4.2 [instaurant des nuances en la présence d'une concession, c. 4.4], 125 I 209 c. 6b; JAB 2016 p. 15 c. 3.4, 2013 p. 521 c. 2.3 et autres références citées). Dans le présent cas, l'acheteur ne doit pas seulement payer une somme d'argent à la commune, mais également s'engager à respecter certaines exigences de cette dernière, notamment concernant la création d'appartements de location avec des loyers raisonnables. Ces exigences permettent à la commune de satisfaire un besoin de logements sur son territoire et, en soi, de concrétiser une tâche publique. Elles doivent toutefois être considérées comme des prestations accessoires, dues en contrepartie de la vente. Cette dernière restant l'élément essentiel (voir sur ce point, mutatis mutandis, JAB 2013 p. 521 c. 2.3). Dans les présentes circonstances, la transaction en question ne signifie pas que l'acheteur chargé de réaliser le projet immobilier effectue un travail en faveur de la communauté adjudicatrice. Au surplus, il manque un des éléments caractéristiques du marché public, soit le paiement d'un prix par la collectivité (ATF 125 I 209 c. 6b). Le préfet a ainsi retenu à juste titre que l'"adjudication" en cause n'était pas soumise à la législation sur les marchés publics, ce qui n'est d'ailleurs pas remis en question par les parties.

3.

On peut douter de l'application de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI, RS 943.02) au cas d'espèce, vu le caractère principal de la prestation de vente et le caractère seulement accessoire des exigences imposées à l'acheteur, mais aussi en raison du caractère plus qu'incertain de la réalisation de la condition d'un rapport intercommunal ou intercantonal, du fait que la recourante dispose d'une succursale dans la commune (concernant l'exigence de tels rapports, voir ATF 125 I 276 c. 4b, 125 I 267 c. 3b; THOMAS ZWALD, *Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt*, in Cottier/Oesch, *Allg. Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, SBVR Bd. XI, p. 417 n° 26). Cela étant, même si elle devait être applicable, on ne voit pas en quoi les critères de vente choisis seraient constitutifs d'une restriction de l'accès au marché. Par ailleurs, le préfet relève sur ce point à raison que la recourante a une succursale dans la commune et que son siège se situe dans la commune voisine, ce qui ne la désavantage pas, au contraire, par rapport à l'un des intimés 2. La recourante n'invoque d'ailleurs pas de violation de la LMI.

4.

4.1 La recourante estime que la commune n'était pas libre de choisir son cocontractant comme le ferait une personne privée, en alléguant que le terrain en cause appartient au patrimoine administratif (réplique art. 3). Les intimés 1 et 2 considèrent au contraire que ce dernier fait partie du patrimoine financier.

4.2 Le patrimoine financier comprend les valeurs qui peuvent être aliénées sans nuire à l'exécution des tâches publiques. Ces biens ne contribuent qu'indirectement à l'accomplissement des tâches de l'Etat, à travers leur rendement ou leur valeur (TF 2C_167/2012 du 1^{er} octobre 2012 c. 4.2 et 1C_312/2010 du 8 décembre 2010 c. 3.2 publié in RDAF I 2011 p. 48; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2016, n° 1386; THIERRY TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, 2011, n° 182). La collectivité peut gérer son patrimoine financier selon des considérations

d'intérêt public – elle le doit, même –, sans pour autant modifier la nature de ce patrimoine (PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. III, 1992, p. 326).

4.3 En l'occurrence, rien au dossier n'indique que le terrain en cause serve directement à l'accomplissement de tâches publiques. Sa vente dans les présentes circonstances, avec le but d'augmenter le nombre de logements accessibles à des familles et de financer une école, sert indirectement et non directement à l'accomplissement de telles tâches. Il est évident que le financement des éléments du patrimoine administratif, comme une école, peut être assuré par le revenu ou le produit de la réalisation de biens du patrimoine financier, sans que cette opération ne modifie l'appartenance de ces biens à ce dernier patrimoine. Dans le cas contraire, et comme relevé par l'intimée 1 (duplique ch. III/2.2 premier paragraphe in fine), la distinction entre patrimoine financier et administratif n'aurait pas de raison d'être. En outre, contrairement à ce qu'allègue la recourante, le fait que la compétence pour vendre le bien en cause ait été transférée du corps électoral au Conseil municipal ne donne aucune indication sur l'appartenance de ce bien à un patrimoine précis. Sur la compétence en matière de dépense (à laquelle la vente d'un immeuble est assimilée), le règlement d'organisation de la commune du 27 août 2000 (RO) ne fait pas de distinction entre les éléments du patrimoine financier et ceux du patrimoine administratif (art. 16 et 27 RO). Il est par ailleurs précisé sur ce point que si la vente d'un bien appartenant au patrimoine financier est en principe régie par le droit privé (voir c. 1.1.3 ci-dessus), la compétence pour disposer de ce bien est réglée par le droit public (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, op. cit., n° 2203). Enfin, la fixation d'un prix de vente minimum n'est en rien incompatible avec l'appartenance d'un bien au patrimoine financier. Il paraît en effet logique, surtout dans le cadre d'une délégation de compétence, de s'assurer que le bien destiné à être vendu ne le sera pas en dessous d'un certain prix. Au vu de ce qui précède, le terrain en cause fait donc bien partie du patrimoine financier de la commune.

5.

5.1 La recourante considère que la commune était tenue de respecter les droits fondamentaux, ainsi que les critères de vente retenus et qu'elle ne pouvait pas choisir librement, sans aucune contrainte, son partenaire contractuel. Les intimés 1 et 2 estiment quant à eux que la commune pouvait choisir librement son cocontractant, comme le ferait n'importe quelle autre personne privée, sans devoir mettre en œuvre les droits fondamentaux. Selon eux, la procédure de sélection choisie ne change rien à cette appréciation.

5.2 L'art. 35 al. 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) dispose que quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation. Cette disposition s'adresse en premier lieu aux organes de l'ensemble des collectivités publiques, à savoir la Confédération, les cantons et les communes. Ceux-ci doivent ainsi respecter et réaliser les droits fondamentaux lorsque, investis de la puissance publique, ils assument une tâche étatique (RDAF 2011 p. 48 c. 3.1; ATF 129 III 35 c. 5.2). Comme déjà mentionné, la vente d'un bien appartenant au patrimoine financier se fait en principe selon le droit privé (voir c. 1.1.3 ci-dessus). L'Etat peut alors généralement, comme n'importe quel acteur économique privé, choisir librement ses cocontractants, selon des critères économiques ou commerciaux (TH. TANQUEREL, op. cit., n° 184; JAB 2013 p. 521 c. 3.2). Le seul fait de ne pas exercer directement une tâche publique ne permet toutefois pas encore à une collectivité de s'affranchir totalement des droits fondamentaux, notamment au vu de l'art. 35 al. 1 et éventuellement 3 Cst. Selon le TF, lorsqu'elle agit sur le plan du droit privé, une collectivité ne peut se prévaloir, comme les particuliers, d'un "droit à l'arbitraire", fondé sur l'autonomie privée (étant précisé que ce principe vaut d'abord dans les domaines où l'Etat agit lui-même selon le droit privé dans l'accomplissement de tâches publiques; ATF 127 I 84 c. 4c et références; TF 1P.342/2006 du 9 mars 2007 c. 2.2; voir également HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, op. cit., n° 1404; BERNHARD WALDMANN, in *Basler Kommentar, Bundesverfassung*, 2015, art. 35 n° 25 et 27; TH. TANQUEREL, op. cit., n° 185, avec certaines réserves notamment quant à l'obligation de garantir

l'égalité de traitement; YVO HANGARTNER, *Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen, Bermerkungen aus Anlass der Auseinandersetzung zwischen einer Bürgerbewegung und der Post*, in AJP 2000, p. 515 ss; d'un avis contraire TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2014, p. 400; au surplus, concernant l'invocabilité des droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers [*Drittwirkung*], voir AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, 2013, p. 58 ss). Lorsque l'Etat n'accomplit pas directement une tâche publique, des nuances peuvent être apportées dans l'intensité du lien aux droits fondamentaux et une mise en balance avec la liberté économique des entreprises doit être effectuée (B. WALDMANN, op. cit., art. 35 n° 27 et références).

5.3 En l'occurrence, le terrain en cause appartient au patrimoine financier, le choix en question ne constitue pas un acte de puissance publique (voir c. 1.1.2 ci-dessus) et la commune n'assume pas directement une tâche publique dans l'activité en question (ce qui n'empêche pas une pertinence avec l'accomplissement d'une telle tâche; voir c. 1.1.3 ci-dessus). L'intimée 1 n'est donc pas tenue de mettre en œuvre les droits fondamentaux en vertu de l'art. 35 al. 2 Cst. (voir c. 5.2 ci-dessus). En revanche, une obligation de respecter lesdits droits selon l'art. 35 al. 1, éventuellement al. 3 Cst., ne saurait être exclue (voir c. 5.2 ci-dessus), cette appréciation étant en l'espèce renforcée par un examen sous l'angle du principe de la confiance. En effet, aussi bien le lien (indirect) qui existe entre l'attribution de la parcelle et l'accomplissement de tâches publiques (logements, école), que la procédure de sélection choisie permettaient aux particuliers de penser que la commune n'agissait pas pleinement comme un privé. Les références jurisprudentielles citées par les intimés pour nier l'application des droits fondamentaux (mémoire de réponse ch. III/1; prise de position du 17 septembre 2015 ch. III/3) ne sont pas propres à modifier cette appréciation. Au contraire, dans son jugement du 26 juillet 2013 (publié dans la JAB 2013 p. 521), qui concernait l'attribution de la vente de vieux papiers à un tiers par une collectivité et qui n'était pas soumise à la législation sur les marchés publics, le TA avait également examiné le cas sous l'angle du respect des droits fondamentaux (égalité de traitement et interdiction de l'arbitraire; c. 3.2.2). Dans l'ATF 129 III 35 cité par l'intimée

1, qui concernait La Poste dans le domaine des services libres, le TF, après avoir retenu que l'art. 35 al. 2 Cst. ne s'appliquait pas au cas d'espèce, a pu écarter une application des droits fondamentaux basée sur l'art. 35 al. 1 et 3 Cst., du fait que le législateur avait spécifiquement indiqué que La Poste devait être placée sur un pied d'égalité avec ses concurrents privés (c. 5). En l'occurrence, un tel article de loi n'existe pas et une interprétation a contrario de cet arrêt souligne que, faute de disposition semblable, l'application des droits fondamentaux ne peut d'emblée être exclue. De plus, l'arrêt TF 1C_312/2010 du 8 décembre 2010 (publié dans la RDAF 2011 I p. 48) concernait, contrairement au cas d'espèce, la gestion d'un bien faisant partie du patrimoine administratif et n'excluait pas la mise en œuvre des droits fondamentaux pour des biens du patrimoine financier. Enfin, dans le jugement du 15 avril 1999 (publié dans la JAB 2000 p. 375), le TA ne s'est pas prononcé sur la mise en œuvre des droits fondamentaux.

5.4 Au demeurant, on relèvera que le recours doit être rejeté dans la mesure où aucune violation de droits constitutionnels ne ressort des considérants qui suivent.

6.

6.1 La requérante fait valoir que l'intimée 1 a violé l'interdiction de l'arbitraire dans la procédure d'attribution de la vente. Elle estime que la commune n'a pas pris en compte le critère "garanties quant à une réalisation rapide du projet et conforme au projet présenté" (cinquième critère du document de vente). De plus, s'appuyant sur la décision attaquée (c. 3.3.2), elle reproche au Conseil municipal de n'avoir précisé "la stratégie de développement de la commune" (deuxième critère du document de vente) qu'après l'expiration du délai pour le dépôt des offres, en retenant que la location d'appartements à des prix raisonnables, destinés à des familles de la classe moyenne, serait privilégiée par rapport à la vente. Elle ajoute qu'il était donc impossible de connaître la stratégie de la commune avant de déposer une offre, ni de savoir sur quels critères celle-ci allait être évaluée. Dans ces circonstances, elle précise que la commune a pu

adapter ses critères après-coup, en fonction des offres reçues et ainsi en privilégier certaines. La recourante estime qu'il s'agit d'une modification inadmissible des "règles du jeu" en cours de procédure. Les intimés 1 et 2 contestent l'existence d'irrégularités dans ladite procédure.

6.2 En l'occurrence, le choix des critères, de la notation et du partenaire contractuel relève du large pouvoir d'appréciation qui doit être reconnu à la commune. A cet égard, il convient de rappeler que le présent cas n'est pas soumis à la législation sur les marchés publics (voir c. 2 ci-dessus). Ne s'applique donc pas en l'espèce (à tout le moins strictement), le principe de la transparence lié au droit des soumissions. Selon ce principe, le pouvoir adjudicateur doit énumérer par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions et, au minimum, spécifier clairement l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux. Ce principe impose également à l'autorité de communiquer par avance les sous-critères qu'elle entend privilégier, en indiquant leur pondération respective, et interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres, la présentation des critères (ATF 130 I 241 c. 5.1, 125 II 86 c. 7c). Dans le cadre du contrôle du droit prévu à l'art. 80 LPJA, le TA ne doit en principe sanctionner que l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation. Il y a en particulier abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou lorsqu'elle viole des principes généraux du droit, tels que l'interdiction de l'arbitraire, l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 137 V 71 c. 5.1, 123 V 150 c. 2 et les références citées; TF 5D_28/2014 du 26 mai 2014 c. 2.1). Une décision (et donc également un arrêté) est qualifiée d'arbitraire (art. 9 Cst. et art. 11 al. 1 de la constitution du canton de Berne du 6 juin 1993 [ConstC., RSB 101.1]) lorsqu'elle contredit clairement la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté ou qu'elle heurte d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une solution autre que celle de l'autorité cantonale semble concevable, voire préférable. Pour qu'une décision soit annulée, il ne suffit pas que sa motivation soit

insoutenable; il faut encore que cette décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 140 I 201 c. 6.1; JAB 2013 p. 521 c. 3.2.2 et références).

6.3 En l'occurrence, la recourante ne peut pas être suivie lorsqu'elle allègue que le cinquième critère n'a pas été pris en compte par la commune. En effet, cette dernière explique de façon convaincante que ce critère a été intégré dans la colonne 3, intitulée "sérieux, fiabilité, références, financement" (prise de position du 25 février 2015; dos. préfecture PMC 2-2015 p. 15). La commune était en outre en droit d'évaluer ce critère conjointement avec le quatrième concernant les "références présentées par le porteur du projet" (voir c. 6.2 ci-dessus). La documentation de vente indique par ailleurs que le deuxième critère, concernant l'adéquation du projet avec la stratégie de la commune, est notamment composé du "types d'offre (location, PPE)". En décidant le 20 octobre 2014 que "les immeubles devront être mis en location pour un minimum de 50% des appartements disponibles, ce taux pouvant être sans autre porté à 70 ou 75%" (dos. préfecture annexe 5), le Conseil municipal a précisé un critère existant, sans en créer un nouveau. Il ne s'agissait donc pas de modifier les règles du jeu en cours de procédure. Hors du cadre des marchés publics (voir c. 6.2 ci-dessus), un tel comportement n'a rien d'irrégulier. Il ne pouvait de plus pas échapper aux candidats que la commune devrait tôt ou tard préciser ce point et que si cela n'avait pas été fait avant que les offres ne soient déposées, il faudrait le faire après. En outre, à la lecture de la documentation de vente, ils savaient également que la commune pouvait prendre en compte de nouveaux critères, la liste publiée étant expressément qualifiée de non-exhaustive. En déposant une offre, les intéressés ont accepté les règles du jeu et, dans le cas contraire, on pouvait attendre de ces derniers qu'ils se manifestent et demandent des précisions à la commune avant l'échéance du délai pour déposer les offres. Au surplus, il ressort du dossier qu'à l'occasion des entretiens qui ont eu lieu avec les intéressés du 13 octobre au 24 novembre 2014 pour présenter leur projet, le Conseil municipal a requis de ceux qui ne l'avaient pas encore fait qu'ils "indiquent un prix en tenant compte des variantes PPE, location ou mix des deux" (dos. préfecture PMC 2-2015 p. 16). Suite à cela, la recourante, qui avait dans un premier temps plutôt envisagé des PPE (courrier du 29 août 2014; dos. commune annexe 8.7), a transmis à la

commune un projet modifié comprenant trois options: la première avec 16 appartements en PPE, la deuxième avec 5 appartements en PPE et 11 appartements à loyers modérés et une troisième option comprenant une crèche (écrit du 30 octobre 2014; dos. commune annexe 8.7). Au vu de ces éléments, la recourante a parfaitement été mise en mesure de présenter un projet adapté aux vœux de la commune et, ni cette dernière, ni l'instance précédente ne peuvent être suivies lorsqu'elles voient un comportement de la commune contraire à l'interdiction de l'arbitraire. A tout le moins, suite aux entretiens précités, tous les intéressés, recourante comprise, ont été placés sur un plan d'égalité. Sur ce point, il n'existait donc pas le risque que la commune adapte le contenu du critère en cause en fonction des offres reçues, puisque tous les intéressés ont été invités à présenter un projet apte à correspondre à ses vœux, que ceux-ci portent sur un projet axé sur les PPE ou sur des appartements à louer.

6.4 L'évaluation de l'offre de la recourante par la commune ne saurait être qualifiée d'arbitraire, respectivement résulter d'un abus de pouvoir d'appréciation. Concernant le critère "qualité architecturale du projet présenté et son intégration dans le quartier", pour lequel la recourante a reçu sept points sur dix, la commune explique que l'architecture proposée par la recourante était standard et identique à ce qui existait dans le quartier. Elle ajoute avoir attribué deux points supplémentaires aux intimés 2, parce que le projet présenté par ces derniers était d'une meilleure qualité architecturale et respectait les normes Minergie. Une telle appréciation n'est en rien insoutenable et la recourante, qui se contente d'alléguer que celle-ci n'est pas compréhensible et que son projet s'intègre parfaitement dans le quartier, ne démontre pas le contraire. Par ailleurs, dans son évaluation, la commune ne conteste pas que le projet de la recourante s'intégrait dans le quartier. Concernant le poste "respect vœu de la commune (location pour familles à des prix abordables)", la commune explique qu'elle souhaitait des appartements de location d'un standing plus élevé que ceux proposés par la recourante et que le projet des intimés 2 était plus enclin à faire venir les familles de la classe moyenne recherchées. Au surplus, elle ajoute que le projet de ces derniers comportait plus d'appartements à louer que celui de la recourante. De telles explications sont à même de justifier l'attribution de points supplémentaires

aux intimés 2. Le fait d'avoir choisi le projet comprenant des loyers plus élevés n'est pas incompatible avec les objectifs poursuivis par la vente. En outre, la commune explique également pourquoi le poste "Sérieux, fiabilité, références, financement" a été moins bien évalué pour la recourante que pour le projet des intimés 2. A ce titre, elle mentionne un projet réalisé par cette dernière sur un terrain communal qui aurait donné lieu à beaucoup de problèmes de réalisation, ainsi qu'à un respect partiel du plan de quartier. La recourante ne nie pas l'existence de problèmes dans la réalisation d'un projet de construction de huit villas, mais les minimise (que deux petits problèmes, dont un de la responsabilité de la commune; recours art. 7). Au vu de ces éléments, une différence de quatre points entre la recourante et les intimés 2, qui n'ont, au vu du dossier, pas d'antécédents fâcheux avec la commune en matière de projet de construction, ne paraît pas infondée et justifie à tout le moins une notation inférieure de l'offre de la recourante. Enfin, concernant le prix, on ne voit pas en quoi la prise en compte d'un éventuel paiement de supplément en cas de réalisation d'une rentabilité supérieure à 5% serait constitutif d'arbitraire ou d'adaptation des règles du jeu pendant la procédure (réplique art. 6 ch. 2 et 3). La commune était en droit de donner le poids qu'elle voulait au critère du prix et avait clairement précisé dans le document de vente que la liste des critères n'était pas exhaustive. Par ailleurs, rien n'empêchait la recourante de faire d'autres propositions éventuellement propres à lui faire gagner des points supplémentaires (la liste non-exhaustive des critères l'y invitait). Au surplus, le prix proposé par les intimés 2 de Fr. 380.-/m² se situe au-dessus du prix minimum fixé à Fr. 340.-. Ces derniers n'ont obtenu qu'un seul point pour ce poste (selon tableau, dos. commune annexe 7), soit moins que la recourante, qui a obtenu trois points, ce qui parle en faveur d'une évaluation objective des offres reçues. Au vu de ce qui précède, le choix d'attribuer la vente aux intimés 2 n'est pas entaché d'arbitraire, ni dans la procédure de sélection, ni dans le résultat de celui-ci. Aucun élément objectif au dossier ne permet de penser que l'attribution d'un nombre supérieur de points à l'offre des intimés 2, par rapport à celle de la recourante, heurte d'une manière choquante le sentiment d'égalité.

7.

7.1 La recourante fait également valoir que la commune aurait adopté un comportement contradictoire et violé le principe de la bonne foi en ne prenant pas en compte l'ensemble des critères mentionnés dans le document de vente et en modifiant les critères de sélection après l'échéance du délai pour déposer les offres.

7.2 Aux termes de l'art. 5 al. 3 Cst., les organes de l'Etat et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi. Cela implique notamment qu'ils s'abstiennent d'adopter un comportement contradictoire ou abusif (ATF 136 I 254 c. 5.2). De ce principe général découle le droit fondamental du particulier à la protection de sa bonne foi dans ses relations avec l'État, consacré à l'art. 9 in fine Cst. et à l'art. 11 al. 2 ConstC. (ATF 138 I 49 c. 8.3.1, 136 I 254 c. 5.2). Le principe de la bonne foi protège le justiciable, à certaines conditions, dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités, lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (ATF 137 II 182 c. 3.6.2, 137 I 69 c. 2.5.1, 131 II 627 c. 6.1; TF 1C_229/2015 du 9 mars 2016 c. 2.1).

7.3 En l'espèce, on ne voit pas en quoi le comportement de la commune serait contradictoire. Le document de vente précise expressément que "le Conseil municipal est libre de vendre le terrain à l'acquéreur de son choix" et que "dans son processus de choix, [il] fera une pesée des intérêts *notamment* entre les différents éléments suivants", en précisant que la liste des critères n'est pas exhaustive. Par ces indications, la commune se distançait des règles applicables en matière de marché public (voir notamment c. 6.2 ci-dessus). En outre et comme déjà souligné, la commune a pris en compte l'ensemble des critères mentionnés dans le document de vente et on ne peut retenir qu'elle a modifié les critères précités en cours de procédure (voir c. 6.3 ci-dessus). Dans ces circonstances, l'invocation de la bonne foi n'est d'aucun secours à la recourante.

8.

8.1 Au vu de l'ensemble de ce qui précède, le recours doit être rejeté, dans la mesure où il est recevable.

8.2 Vu l'issue de la procédure, les frais judiciaires pour la présente instance, fixés forfaitairement à Fr. 4'000.-, sont mis à la charge de la recourante (art. 108 al. 1 LPJA); ils sont compensés avec l'avance de frais fournie.

8.3 Selon l'art. 104 al. 4 LPJA, les autorités administratives au sens de l'art. 2 al. 1 let. b et c LPJA n'ont en règle générale pas droit au remboursement de leurs dépens en procédure de recours. Les communes sont des autorités administratives au sens de l'art. 2 al. 1 let. b LPJA. Ces dernières ont exceptionnellement droit à des dépens si elles ne défendent pas en premier lieu des intérêts souverains, mais sont au contraire touchées comme des personnes privées, en particulier comme propriétaire ou maître d'ouvrage (JAB 2015 p. 581 c. 7.3 et références; M. MÜLLER, op. cit., p. 247; HERZOG/DAUM, *Die Umsetzung der Rechtsweggarantie im bernischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege*, in JAB 2009 p. 1 ch. 9). Il en va de même lorsqu'une commune intervient en procédure de recours en qualité de propriétaire d'un bien-fonds faisant partie de son patrimoine financier, même si elle assume une tâche de puissance publique (JAB 2001 p. 563 c. 4b). En l'occurrence, l'arrêté en question ne résultant pas de l'exercice de la puissance publique (voir c. 1.1.2 ci-dessus), le terrain en cause faisant partie du patrimoine financier de la commune et le lien avec l'accomplissement d'une tâche publique étant au second plan, la commune, qui obtient gain de cause et est représentée par des avocats, a droit au remboursement de ses dépens (art. 108 al. 3 en corrélation avec l'art. 104 al. 1 LPJA). Ceux-ci, après examen de la note d'honoraires du 1^{er} décembre 2015, qui ne prête pas le flanc à la critique, sont fixés à Fr. 7'101.- (honoraires de Fr. 6'575.- et TVA de Fr. 526.-).

8.4 Les intimés 2, représentés par un avocat, ayant eu gain de cause, ont aussi droit au remboursement de leurs dépens (art. 108 al. 3 en lien avec l'art. 104 al. 1 LPJA). Ceux-ci, après examen de la note d'honoraires du 8 décembre 2015, sont fixés à Fr. 4'068.50 (honoraires Fr. 3'800.-,

débours Fr. 112.- et TVA 156.50). S'agissant de la TVA, il convient de relever que si l'un des deux intimés 2 intervient à titre privé, la société intimée 2 est de son côté elle-même soumise à la TVA, de sorte que la moitié de la TVA facturée (par Fr. 312.95), soit Fr. 156.45, ne peut être prise en compte (JAB 2015 p. 541 c. 8.2, 2014 p. 484 c. 6).

9.

Le fait que l'arrêté du 15 décembre 2014 ne soit pas une décision n'exclut pas un recours en matière de droit public au sens de l'art. 82 let. a de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110; ALAIN WURZBURGER, in Corboz/Wurzburger/Ferrari/Frésard/Girardin, *Commentaire LTF*, 2014, art. 82 n° 30 et 31; YVES DONZALLAZ, *Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire*, 2008, art. 82 n° 2686).

Par ces motifs:

1. Le recours est rejeté, dans la mesure où il est recevable.
2. Les frais de la présente procédure, fixés forfaitairement à Fr. 4'000.-, sont mis à la charge de la recourante et compensés par l'avance de frais.
3. La recourante versera à l'intimée 1 un montant de 7'101.- (TVA comprise) et aux intimés 2 de Fr. 4'068.50 (débours et TVA compris) au titre de dépens pour la procédure judiciaire.

4. Le présent jugement est notifié (R):

- à la recourante, par son mandataire,
- à l'intimée 1, par ses mandataires,
- aux intimés 2, par leur mandataire,
- à la Préfecture du Jura bernois.

Le président:

Le greffier:

Voie de recours

Dans les 30 jours dès sa notification écrite, le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, au sens des art. 39 ss, 82 ss et 90 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110).